DIE STRAFBARKEIT DES EHEBRUCHS
NACH REIHSSTRAFRECHT

INAUGURAL-DISSERTATION,

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FACULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS-WISSENSCHAFTLICHEN DOCTORWÜRDE

VORGELEGT VON

Gerichtsaccessist Theodor Metz

AUS

Homberg a. O.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

ALSFELD

BUCHDRUCKEREI CARL RÜHL

1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549806_0081

Die Strafbarkeit des Ehebruchs nach Reichsstrafrecht.

Der § 172 des Reichsstrafgesetzbuches lautet:

„Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein."

Die Strafbestimmung dieses Paragraphen ist sonach an 3 Voraussetzungen geknüpft:

1) den begangenen Ehebruch,
2) die Scheidung der verletzten Ehe wegen dieses Ehebruchs,
3) den Strafantrag des Berechtigten.

A. I. Das Reichstrafgesetzbuch verzichtet darauf, das Vergehen des Ehebruchs zu definieren; es setzt diesen Deliktsbegriff als bekannt, in Wissenschaft und Praxis sicherstehend voraus. Ehebruch ist der von einem Ehegatten mit einer anderen Person als seinem Ehegatten vollzogene Beischlaf.*) Sind beide konkumbierende Teile verheiratet, so liegt sogenannter Doppelehebruch vor.

Aber nur der geschlechtliche Verkehr in der Form des Beischlafs konsumiert das Delikt des Ehebruchs; jeder andersartige, noch so perverse sexuelle Umgang fällt nicht unter diesen Verbrechensbegriff. (Olshausen, N. 1; v. Liszt, Lehrbuch S. 410.) Eine allerdings nur civilrechtliche Gleichstellung mit dem Ehebruch hatten „Sodomiterei und andere unnatürliche Laster dieser Art" im preußischen Allgemeinen Landrecht II. Teil, 1. Titel, § 672 erfahren; diese, das sittliche Wesen der Ehe oft tiefer als der Beischlaf attackierenden Handlungen berechtigten den verletzten

*) Unrichtig sind die Definitionen Berners (Lehrbuch S. 444); Olshausens (Kommentar, Note 1 zu § 172); Franks (Kommentar, I zu § 172: „Ehebruch ist die geschlechtliche Vereinigung zwischen zwei Personen, von denen wenigstens die eine verheiratet ist"); unter die von diesen gegebenen Definitionen würde auch der Beischlaf unter Ehegatten fallen.

Ehegatten ebenfalls, auf Scheidung zu klagen. Im Anschluß hieran hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 1565 als Ehescheidungsgrund nicht nur den Ehebruch, sondern u. a. auch das Vergehen des § 175 St. G. B. stipuliert und ferner im § 1568 die Möglichkeit eröffnet, andere unzüchtige Handlungen eines Ehegatten (§§ 174, 176 St. G. B.), wenn sie eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Lebens hervorgerufen haben, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann, zur Scheidung des ehelichen Bandes führen zu lassen.

Mit der Vereinigung der Geschlechtsteile ist das Delikt des Ehebruchs begangen. Reichsgericht, Entsch. in Strafs. Bd. VII, S. 298).

Von mittelalterlichen Juristen und noch von den Autoritäten des peinlichen Rechts wurde mit Eifer und Scharfsinn die Frage kalkuliert, ob die Vollendung des Vergehens an die stattgehabte immissio oder lediglich an die emissio seminis geknüpft sei. Ueberwiegend verlangten Wissenschaft und Praxis des peinlichen Rechts, daß eine immissio seminis stattgefunden habe (Feuerbach, Lehrbuch § 376; Quistorp, Grundsätze § 456); vor Allem von dem Bestreben geleitet, im Falle des Fehlens jenes Erfordernisses die exorbitant hohe Strafe für das vollendete Verbrechen zu umgehen und die Strafe auf das gelindere Maß des versuchten Delikts zurückzuschrauben. Der Gerichtsgebrauch des peinlichen Rechts ging in dieser Tendenz sogar so weit (s. Quistorp, a. a. O.), daß in den Ländern, in welchen der vollendete Ehebruch noch mit dem Tode geahndet wurde, diese Strafe nur dann verhängt werden durfte, wenn die stattgehabte immissio seminis „durch das Geständnis beider Teile, mit Uebereinstimmung in allen Umständen", bewiesen war.

Mit origineller, aber unstichhaltiger Begründung verlangte Tittmann, Handbuch §§ 576, 565 lediglich emissio seminis; beide Requisite aber verwarf bereits Heffter in seinem Lehrbuch des Gemeinen deutschen Kriminalrechts, § 444, Anm. 7.

Heutzutage sieht man einhellig von diesen Erfordernissen ab; mit Recht. Sie haben mit dem deliktischen Wesen des Ehebruchs nichts zu schaffen, und die humanitären Erwägungen, die zur Zeit des peinlichen Rechts ihren Grund hatten, sind mit der Reduzierung des Strafmaßes für den Ehebruch auf eine geringe Freiheitsstrafe hinfällig geworden. (So auch das Reichsgericht, E. IV, S. 23, in einer zwar das Verbrechen der Notzucht betreffenden Entscheidung, die jedoch ohne Bedenken auf den Ehebruch analog angewandt werden kann.)

Einen Ehebruch begeht auch der verheiratete Mann, der eine Frauensperson, ob ledig oder verheiratet, zum Beischlaf nötigt (§ 177 St. G. B.) oder verleitet (§ 179 St. G. B.); aber auch der unverheiratete Mann, der sich auf diese Weise an einer Ehefrau vergeht, macht sich des Ehebruchs schuldig. Wenn v. Liszt (Lehrbuch S. 410) dies mit der Motivierung bestreitet, daß in einem solchen Falle die Scheidung der Ehe ausgeschlossen sei, so ist zwar richtig, daß eine Bestrafung des unverheirateten Mannes wegen Unmöglichkeit der Scheidung der verletzten Ehe nicht eintreten kann, trotzdem aber hat der Thäter zweifellos, indem er das Band einer Ehe durch Beischlafsvollziehung verletzte, auch einen Ehebruch begangen. Nur wer in dem Requisit des § 172 St. G. B., daß die Ehe wegen des inkriminierten Ehebruchs geschieden sein muß, ein Moment des strafrecht-

lichen Thatbestandes erblickt, könnte jene Ansicht konsequenterweise vertreten; v. Liszt aber sieht in diesem Erfordernis eine außerhalb des Thatbestandes liegende Bedingung der Strafbarkeit, und deshalb ist seine Auffassung auch von seinem Standpunkte aus unhaltbar.

II. Besonders eifrig umstritten ist die Frage, von welcher civilrechtlichen Qualität eine Ehe sein muß, um ein taugliches Objekt für das Vergehen des Ehebruchs abzugeben; ob eine materiell gültige, gegen jede Anfechtung geschützte Ehe, oder auch eine anfechtbare oder sogar eine zwar formell gültige, jedoch materiell nichtige Ehe durch Ehebruch verletzt werden kann. Schon die Wissenschaft des peinlichen Rechts, durch die l 13 § 1 Dig. ad legem Juliam de adult. coërc. 48.5: „Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: nam et Sextus Caecilius ait, haec lex ad omnia matrimonia pertinet, et illud Homericum adfert: nec enim soli, inquit, Atridae uxores amant und durch C 32 qu. 4 c. 4: „Omne stuprum adulterium est, nec viro licet quod mulieri non licet. Eadem a viro, quae ab uxore debetur castimonia. Quic quid in eam, quae non sit legitima uxor, commissum fuerit, adulterii damnatur crimine" auf dies Problem hingewiesen, hat die Frage behandelt und überwiegend das Bestehen einer rechtsgültigen Ehe verlangt.*)

Als Schlüssel zur Lösung der Streitfrage erscheint der Hinweis, daß der Ehebruch zweifelsohne lediglich eine materielle Seite der Ehe, die ausschließliche sexuelle Zusammengehörigkeit der Ehegatten, angreift, während er die Form der Ehe, entgegengesetzt dem Vergehen der Bigamie, § 171 St. G. B., völlig unberührt läßt. Aus diesem Grunde kann eine nichtige Ehe, eine Ehe, die von Anfang an materiell nicht besteht (wenn auch die Nichtigkeit selbst nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann, § 1329 B. G. B.), durch einen Ehebruch nicht verletzt werden; eine materielle Verletzung einer nicht materiell, sondern nur formell bestehenden Ehe wäre ein logischer Widerspruch. (Olshausen, N. 2, Berner Lehrbuch, S. 445; v. Liszt, Lehrbuch S. 410.)

Hierzu aber kommt noch, daß nach § 172 St. G. B. der Ehebruch nur dann gestraft werden kann, wenn seinetwegen die Ehe geschieden ist; eine nichtige Ehe aber wird, — es müßte denn der Nichtigkeitsgrund unbekannt geblieben sein—, nicht wegen Ehebruchs geschieden, sondern für nichtig erklärt werden. Insbesondere aus diesem Grunde verneinen die Möglichkeit der Verletzung einer nichtigen Ehe durch Ehebruch, Hälschner, Strafrecht II, 470 und Gerichtssaal Bd. XXII, S. 441; Villnow, Gerichtssaal Bd. XXX, S. 121; Goltdammer, Materialien II, 283 und dort Anm. 4.

Demgegenüber steht das Reichsgericht in seiner Entscheidung R VIII, 277 auf dem Standpunkte, daß „§ 172 St. G. B. im Interesse der

*) Feuerbach a. a. O. § 375 (Ehebruch sei bei einer nichtigen Ehe undenkbar); Quistorp a. a. O. § 455; Tittmann a. a. O. § 575, auch Anm. f (es sei nicht nötig, daß die Ehe schon durch richterlichen Ausspruch für nichtig erklärt sei, denn die Nichtigkeit bestehe schon vor dem richterlichen Ausspruche); Heffter a. a. O. § 444.

Ehe als einer der wichtigsten Grundlagen aller rechtlichen und sozialen Ordnung jede thatsächlich bestehende Ehe solange geschützt wissen will, als sie vom Landeseherechte überhaupt als Ehe behandelt wird und zu ihrer Auflösung unter Lebenden einer Scheidung oder Nichtigkeitserklärung bedarf, während der Ehebruch nur da ausgeschlossen ist, wo es sich um eine Ehe handelt, die das Landeseherecht von vornherein als eine rechtlich nicht existierende betrachtet, deren Existenz daher nicht erst der Beseitigung durch ein ehegerichtliches Erkenntnis bedarf."

Ebenso verlangt Schütze, Lehrbuch S. 324 das Bestehen einer „wirklichen, d. h. bis zur rechtskräftigen Scheidung, Ungültigkeits- oder Nichtigkeitserklärung vom Landeseherechte als bestehend behandelte Ehe" und führt aus (a. a. O., Anm. 14.): Zwar forderten das gemeine Recht und die Natur der Sache eine rechsgültige Ehe; das neue Recht aber schlösse nur die absolut nichtige Ehe aus, d. h. diejenige Ehe, deren Nichtdasein eines eherechtlichen Erkenntnisses nicht bedürfe; z. B. unter Personen gleichen Geschlechts oder geschlossen von einer Pseudobehörde. Jede andere Ehe aber habe Anspruch auf Achtung (Nichtverletzung) von Seiten der formell gebundenen Ehegatten sowohl als Dritter; das individuelle Urteil über Gültigkeit oder Ungültigkeit dürfe nicht maßgebend sein.

Dem angeführten Reichsgerichtserkenntnisse sowohl wie Schütze muß entgegengehalten werden, daß nicht nur im Falle einer Verletzung einer „absolut nichtigen", nicht einmal auf rechtlicher Form basierender Ehe, sondern auch bei Verletzung einer materiell nichtigen, wenn auch formell gültigen Ehe das für das Delikt des Ehebruchs erforderliche Objekt, nämlich das materielle Bestehen des ehelichen Bandes, mangelt. Schütze aber, wenn er weiter sagt, das individuelle Urteil dürfe nicht über Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ehe entscheiden, übersieht, daß bei Kognition des Berufs einer nichtigen Ehe zunächst und primär der Richter zu prüfen hat, ob eine materiell nichtige Ehe vorliegt, und daß dann erst sekundär für die Frage nach dem Dolus des Ehebrechers zu erforschen ist, was der Thäter über die rechtliche Qualität der Ehe gedacht hat.

Die Ansicht Schütze's teilen Hugo Meyer, Lehrbuch S. 735, Frank, Komm. Note 1; Oppenhoff, Komm. N. 2; Rubo, Komm. N. 1; Rudorff-Stenglein, Komm. N. 2. Schwarze, Komm. N. 1 und in Holtzendorffs Handbuch III, 299 und F. Meyer, Komm. N. 1 sind ebenfalls dieser Meinung, erachten aber die Frage für unpraktisch, da nichtige Ehen für nichtig erklärt und nicht wegen Ehebruchs geschieden würden.

Ist die verletzte Ehe zwar materiell gültig, aber anfechtbar (§§ 1330 bis 1335 B. G. B.), so liegt, solange die Ehe nicht infolge der Anfechtungsklage des Berechtigten für ungültig erklärt ist, ein für die Verletzung durch Ehebruch taugliches Objekt, das materielle Bestehen eines ehelichen Bandes, vor; eine solche Ehe kann daher durch Ehebruch verletzt werden.

Demgegenüber fordert Villnow im Gerichtssaal Bd. 30, S. 120, 121, das Bestehen einer gültigen, gegen jede Anfechtung geschützten Ehe und führt zur Begründung aus: Zur Strafbarkeit des Ehebruchs werde verlangt, daß die verletzte Ehe wegen des inkriminierten Ehebruchs vorher geschieden sei; geschieden werden aber könne nur eine gültige Ehe, während ungültige Ehen für ungültig erklärt würden. Das ist unrichtig. Eine

ungültige Ehe wurde nach früherem Recht und wird nach jetzigem Recht nur auf Grund einer Anfechtungsklage, die der Berechtigte anzustrengen hat, für ungültig erklärt. Solange aber der Anfechtungsberechtigte mit seiner Anfechtungsklage noch nicht durchgedrungen ist, besteht die Ehe zu Recht und kann sehr wohl wegen Ehebruchs geschieden werden.

Ferner spricht auch nicht, wie Villnow noch anführt, die Billigkeit dagegen, daß der zur Eingehung der Ehe gezwungene Ehegatte gehalten sein soll, dem Zwingenden die Treue zu bewahren; es steht ja dem gezwungenen Ehegatten jederzeit frei, durch Erhebung der Anfechtungsklage den ihm widerstrebenden Zustand zu beseitigen.

Auch die Begründung, die Hälschner, der in dieser Frage auf demgleichen Standpunkt wie Villnow steht, im Gerichtssaal, Bd. 22, S. 440, 441 gibt, ist nicht stichhaltig. Daraus, daß das Gesetz für den Thatbestand der Bigamie (§ 171 St. G. B.) nicht eine unbedingt gültige Ehe fordert, sondern daß es für dieses Verbrechen schon eine nichtige oder eine ungültige Ehe ausdrücklich genügen läßt, daß es aber beim Ehebruch eine derartige Bestimmung nicht statuiert hat, schließt Hälschner, sei zu entnehmen, daß der Gesetzgeber für das Delikt des § 172 St. G. B. eine gültige Ehe verlangt habe; andernfalls hätte er, wie bei der Bigamie, einen entsprechenden Zusatz machen müssen. Hälschner entgeht der tiefere Grund, der den Gesetzgeber bestimmte, dem § 171 St. G. B. jenen Zusatz beizufügen, beim § 172 aber einen solchen wohlweislich wegzulassen. Die Bigamie verletzt die formelle Seite der Ehe, und deßhalb liegt in jeder Schließung einer neuen Ehe, insolange die frühere Ehe noch formell besteht, insolange sie nicht aufgelöst, für ungültig oder für nichtig erklärt ist, ein Angriff auf die Form der Ehe, den der Gesetzgeber eines nur die monogamische Ehe anerkennenden Staates scharf bestrafen muß. Anders beim Ehebruch, der eine materielle Seite der Ehe verletzt. Nicht jede formell bestehende Ehe will der Gesetzgeber gegen dieses Vergehen in Schutz nehmen, sondern nur die materiell gültige, die das sittliche Band der ausschließlichen Sexualgemeinschaft um die Ehegatten schlingt.

Auf den Schultern Hälschners und Villnows steht, ohne Beibringung selbstständiger Gründe, Mainzer, die Ehe im Reichsstrafrecht S. 24.

III. Sonach ist als Dolus auf Seiten des die Ehe brechenden Ehegatten die Kenntnis zu fordern, daß er in einer materiell gültigen Ehe lebt; auch das Bewußtsein, daß er möglicherweise in einer solchen Ehe steht, muß als Vorsatz (eventueller Dolus) genügen. Der gleiche Vorsatz wird auch von dem Mitschuldigen verlangt; ausdrücklicher Feststellung im Urteil, daß er von dem Bestehen des ehelichen Bandes Kenntnis hatte, bedarf es im Gegensatz zu dem Verbrechen des § 171 St. G. B. nur dann, wenn der Mitschuldige jene Kenntnis bestritten hatte. (S. Annalen des Reichsgerichts, Bd. IX, S. 105.)

Fehlt es einem der Konkumbenten an dem erforderlichen Dolus, so ist um deswillen der andere, wenn er den nötigen Vorsatz gehabt hat, nicht straffrei. Zwar spricht der § 172 St. G. B. von dem „schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen“, doch nicht in dem Sinne, daß er

notwendig zwei Personen als „schuldige" Mitthäter voraussetze. (So Olshausen, Komm. Note 4; Oppenhoff, Komm. N. 5.)

B. I. Die Strafbestimmung des § 172 St. G. B. ist zunächst an die Voraussetzung geknüpft, daß die Ehe wegen des zur Anklage verstellten Ehebruchs geschieden sei. Ueber die juristische Natur dieses Erfordernisses der Ehescheidung sind die verschiedensten Ansichten laut geworden; man streitet darüber, ob dies Requisit ein Merkmal des strafrechtlichen Thatbestandes (so Schwarze, Rüdorff-Stenglein, Berner), eine Bedingung der Strafbarkeit (so v. Liszt, H. Meyer), eine Bedingung der Bestrafung (Conrad), eine Prozeßvoraussetzung (so die herrschende Lehre, u. a. Binding, Olshausen, Oppenhoff, Hälschner, auch das Reichsgericht in konstanter Praxis), oder teils eine Prozeßvoraussetzung, teils eine Bedingung der Strafbarkeit (so Fr. Stein) darstellt:

a) Wer das Erfordernis der Ehescheidung als Thatbestandsmoment auffaßt, nimmt damit die Scheidung der Ehe als Erfolg der ehebrecherischen Handlung in den materiellen Deliktsbegriff auf. Eine solche Konstruktion aber des Verbrechensbegriffs des Ehebruchs steht einesteils in scharfem Widerspruch zu der geschichtlichen Entwicklung, insbesondere zu der Entstehungsgeschichte des § 172 St. G. B.; andernteils ist sie mit der Lehre vom strafrechtlichen Thatbestande schlechterdings unvereinbar. (Vgl. bes. Fischer, G.-Saal Bd. 31, S. 54 ff.)

1) Der § 172 R. St. G. B. ist aus dem § 140 des preußischen Strafgesetzbuches (v. 14. IV. 1851) hervorgegangen. Dieses hatte die Bestimmung, daß der Ehebruch erst nach seinetwegen erfolgter Scheidung der verletzten Ehe bestraft werde, eine Bestimmung, die dem gemeinen deutschen Strafrecht (s. C. C. C. Art. 120) fremd war, aus dem preußischen Allgemeinen Landrecht herübergenommen. Das A. L. R. normierte im II. Teil, XX. Titel, § 1061: „Ein jeder Ehebruch wird, jedoch nur auf Antrag des beleidigten Ehegatten, mit dem im I. Titel, § 766 ff. geordneten Strafen geahndet." Dies waren indessen nur die rein civilrechtlichen Strafen; z. B. Vermögensnachteile, die den schuldigen Ehegatten bei der Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Vermögens trafen, ꝛc.

Die §§ 1062—1064 ordnen die kriminelle Bestrafung des Ehebruchs an. § 1062: „Wird durch dergleichen Verbrechen eine Ehe wirklich getrennt, so soll der Ehemann, welcher sich dessen mit einer ledigen Weibsperson schuldig gemacht hat, willkürliche Gefängnißstrafe erleiden. § 1063: „Hat aber eine Ehefrau durch den mit einer ledigen Mannsperson getriebenen Ehebruch zur Trennung der Ehe Anlaß gegeben, so soll gegen sie Gefängnis- oder Zuchthausstrafe auf 3—6 Monate stattfinden." § 1064: „Sind in gleichem Falle beide den Ehebruch begehenden Teile verheiratet gewesen, so haben beide sechsmonatliche bis einjährige Gefängnis- oder Zuchthausstrafe verwirkt."

Sämmtliche Entwürfe zum preußischen Strafgesetzbuch haben dies Erfordernis der Strafbarkeit des Ehebruchs beibehalten. So bestimmte der sog. Staatsratsentwurf von 1843, § 377: „Der Ehebruch einer Ehe-

frau wird mit ....., der Ehebruch eines Ehemanns mit ..... bestraft."

§ 378: „Eine Bestrafung wegen Ehebruchs findet nur statt, wenn wegen dieses Verbrechens auf Ehescheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett angetragen wird. Gegen den schuldigen Ehegatten soll die Strafe zugleich in dem Erkenntnisse über die Scheidung oder die Trennung durch den Eherichter von Amtswegen ausgesprochen werden."

Der revidierte Entwurf von 1845 (citiert bei Fischer a. a. O., S. 63) enthielt folgende Strafbestimmungen:

§ 166: „Der Ehebruch ist mit ..... zu bestrafen."

§ 167: „Der Ehebruch, welcher durch Offenkundigkeit oder durch darauf gegründete Ansprüche eines Ehebrechers Anlaß zum Aergernis giebt, ist von Amtswegen zur Untersuchung und Strafe zu ziehen."

§ 168: „Außerdem findet eine Bestrafung wegen Ehebruchs nur statt, wenn wegen dieses Verbrechens auf Ehescheidung oder Trennung von Tisch und Bett erkannt worden ist.

Gegen den schuldigen Ehegatten soll im Falle der Ehescheidung die Strafe zugleich im Erkenntnisse über die Scheidung durch den Eherichter von Amtswegen ausgesprochen werden, insofern nicht der unschuldige Ehegatte die Nichtbestrafung ausdrücklich beantragt, in welchem Falle jedes Strafverfahren auch gegen den Mitschuldigen wegfällt."

Im Entwurf von 1847 ist die Anordnung der Offizialverfolgung des Ehebruchs (§ 167 des Entwurfs v. 1845) weggefallen; dessen § 168 bestimmt daher für sämmtliche Fälle des Ehebruchs:

„Eine Bestrafung wegen Ehebruchs findet nur statt, wenn wegen dieses Verbrechens auf Ehescheidung oder Trennung von Tisch und Bett erkannt worden ist."

Die Fassung, in der die Norm zur Bestrafung des Ehebruchs definitiv in das preußische Strafgesetzbuch von 1851 überging, lautete (§ 140):

„Der Ehebruch wird, wenn wegen dieses Vergehens die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis von 4 Wochen bis zu 6 Monaten bestraft.

Die Bestrafung bleibt ausgeschlossen, wenn der unschuldige Ehegatte im Laufe des Ehescheidungsprozesses oder bis zur Abfassung des Straferkenntnisses die Nichtbestrafung ausdrücklich beantragt, in welchem Falle das Strafverfahren auch gegen die Mitschuldigen wegfällt."

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Verfasser des preußischen Allgemeinen Landrechts und des preußischen Strafgesetzbuches und seiner Entwürfe mit der Aufnahme der Bestimmung, daß der Ehebruch nur dann strafbar sein soll, wenn wegen dieses Vergehens die Ehe geschieden worden ist, nicht den in Praxis und Wissenschaft feststehenden Deliktsbegriff des Ehebruchs alterieren und ein neues Moment in den Vergehensthatbestand einfügen, sondern daß sie lediglich im Interesse der Schonung der Ehen eine Bedingung für die Strafverfolgung setzen wollten.

Die citierten Gesetze stellen an die Spitze den Satz: Der Ehebruch wird ..... bestraft. Keines definiert den Deliktsbegriff des Ehebruchs, sondern alle verweisen stillschweigend auf den Verbrechensbegriff, der sich

durch das kanonische Recht die unbestrittene Herrschaft in Deutschland erkämpft hatte, wonach als Ehebruch jede Verletzung der Ehe durch Beischlaf eines Ehegatten mit einem Dritten, der nicht sein Ehegatte war, galt. Jene Gesetze haben lediglich die Bestrafung davon abhängig gemacht, daß wegen dieses Verbrechens auf Ehescheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett erkannt oder (wie der Entwurf von 1843 bestimmte) angetragen worden ist. Hätten die Gesetzgeber mit der Aufnahme dieser Bestimmung ein neues Merkmal für den strafrechtlichen Thatbestand des Ehebruchs schaffen wollen, so hätten sie diese Absicht durch Aufstellung einer entsprechenden Definition des Ehebruchs dokumentiert, niemals aber würden sie stillschweigend auf den hergebrachten Deliktsbegriff Bezug genommen haben.

Daß nach ihrer Ansicht das Delikt des Ehebruchs mit der Beischlafsvollziehung begangen war, geht noch aus anderen Umständen zwingend hervor.

Die Entwürfe von 1843, 1845 und 1847 machten dem Eherichter ausdrücklich zur Pflicht, den schuldigen Ehegatten im Erkenntnisse über die Scheidung zugleich mit der kriminellen Strafe zu belegen. Wäre das Delikt des Ehebruchs erst mit der rechtskräftigen Scheidung der Ehe begangen, so hätten diese Entwürfe nichts Seltsameres als die Absurdidät gefordert, eine Handlung als Delikt zu bestrafen, für das die Thatbestandsmerkmale noch nicht sämmtlich erfüllt waren, von denen das Thatbestandsmoment der rechtskräftigen Scheidung der Ehe noch ausstand.

Den gleichen Einwand aber würde die Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches (§ 140, Abs. 2) unterliegen, die nach seinem Vorbilde auch die beiden Entwürfe des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund aufgenommen haben, daß die Bestrafung der Ehebrecher ausgeschlossen sein solle, wenn der unschuldige Ehegatte im Laufe des Ehescheidungsprozesses oder bis zur Abfassung des Straferkenntnisses die Nichtbestrafung beantrage. Es kann wohl nicht bestritten werden, daß ein Antrag auf Nichtbestrafung erst in Zukunft zu begehender Verbrechen ein Unding, ein juristischer Nonsens ist.

Welche Beweggründe die Verfasser des preußischen Strafgesetzbuchs und seiner Entwürfe bei Aufnahme des Erfordernisses der Ehescheidung geleitet, welche juristische Natur sie ihm beigelegt haben, darüber geben die Motive zu einzelnen Entwürfen hinreichend Aufschluß.

Die Motive zum ersten revidierten Entwurf von 1833 sagen S. 233:

„Endlich ist die Frage entstanden, ob die Bestimmung, nach welcher der Ehebruch nur dann zu bestrafen, wenn die Ehe wegen desselben getrennt wird, beizubehalten sei. Abgesehen davon, daß zu einer Veränderung der bestehenden Gesetzgebung kein zureichender Grund vorhanden ist, sie vielmehr die größten Zerrüttungen im Innern der Familien verbreiten würde, dürfte es wohl allen Verhältnissen widerstreiten, dem beleidigten Ehegatten nachzulassen, die Kriminalbestrafung seiner ehebrecherischen Gattin zu verlangen und zu bewirken und dennoch die Ehe mit ihr forzusetzen. Wenn die sonst tugendhafte Frau, welche in einem unbewachten Augenblick der höchsten Leidenschaft oder allen Künsten der Verführung oder der Ueber-

raschung unterliegend diesen Fehler begangen hat, so zu entschuldigen ist, daß der Mann rücksichtlich der Fortsetzung der Ehe ihr denselben verzeiht, so muß er ihr denselben noch weit mehr in Bezug auf die Kriminalstrafe verzeihen und darf sie nicht das Ehebett mit dem Kriminalgefängnis abwechseln lassen."

Die Motive des Entwurfs von 1847 (citiert bei Fischer a. a. O. S. 64) erklären:

„Die Rücksichten, welche die Gesetzgebung dem Geheimnisse der Familie und dem unschuldigen Ehegatten, sowie den Kindern schuldig ist, können jedoch nur dahin führen, daß der Ehebruch, welcher nicht offenkundig zum Aergernis gereicht, ungerügt bleibt; man muß darauf Rücksicht nehmen, daß das Fortbestehen einer Ehe dadurch nicht gehindert werden darf, sowie daß der Nachsicht und Versöhnung kein Eintrag geschehe. Wenn aber der Ehebruch eine Ehescheidung herbeiführt, so kann von einem Eindringen in die Geheimnisse der Familie nicht die Rede sein."

Hieraus geht klar hervor, daß der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Erfordernisses der Ehescheidung nicht etwa ein Merkmal für den materiellen Deliktsbegriff des Ehebruchs setzen, sondern daß er im Interesse der Schonung bestehenden Ehen, an deren Aufrechterhaltung ein auf die Form der Monogamie basiertes Staatswesen das höchste Lebensinteresse hat, mit Rücksicht auf das Geheimnis der Familie, in das er sich nicht eindrängen, im Hinblick auf das Seelenleben des unschuldigen Ehegatten, dem er die Verzeihung des Fehltrittes des schuldigen Gatten nicht abschneiden will, mit der Statuierung jener Voraussetzung lediglich eine Bedingung, ein Hindernis für die Strafverfolgung des Delikts schaffen wollte.

Der erste (sog. Friedberg'sche) Entwurf des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund vom Juli 1869 nahm in seinem § 149 den § 140 des preußischen Strafgesetzbuches auf, ließ jedoch, wie die Motive (S. 150) sagen, „den Gedanken, daß der Ehebruch nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des unschuldigen Ehegatten gestraft werden dürfte, schärfer als in diesem Gesetzbuch geschieht, hervortreten." Der § 149 des Friedberg'schen Entwurfs lautete:

„Der Ehebruch wird, wenn wegen dieses Vergehens die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft.

Die strafrechtliche Verfolgung findet nur auf Antrag des unschuldigen Ehegatten statt. Ein solcher Antrag kann nur im Laufe des Ehescheidungsverfahrens bis zur Abfassung des Urteils erster Instanz gestellt und bis zum Anfang der Strafvollstreckung zurückgenommen werden. Bei der Zurücknahme findet auch eine Bestrafung der Mitschuldigen nicht statt."

Der § 170 des II. Entwurfs des Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund (vom 4. II. 1870) bestimmte:

„Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft.

Die Bestrafung bleibt ausgeschlossen, wenn der unschuldige Ehegatte im Laufe des Ehescheidungsprozesses oder nach eingeleitetem Strafverfahren

bis zur Verkündigung des Strafurteils die Nichtbestrafung ausdrücklich beantragt."

Die Motive bemerken hierzu auf S. 67:

„Der § 170 wiederholt wörtlich die Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches über die Bestrafung des Ehebruchs, der zur Scheidung der Ehe geführt hat."

Daß diese Bestimmung wörtlich wiederholt werde, ist nicht richtig; vielmehr ist der Ausdruck des preußischen Strafgesetzbuchs: „ .. wenn wegen dieses Vergehens" umgewandelt in: „ .. wenn wegen desselben." Doch beweist diese Bemerkung der Motive, daß die Verfasser des § 170 keineswegs eine materielle Aenderung der Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuchs beabsichtigt haben, sondern daß die von ihnen vorgenommene Aenderung lediglich redaktioneller Natur ist.

Die Reichstagskommission machte, unter Annahme des § 170 im Uebrigen, den Ehebruch im Anschluß an den Friedberg'schen Entwurf wieder zum Antragsvergehen, indem sie dem 2. Absatz des § 170 die Fassung gab:

„Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein."

In diesem Wortlaut wurde der Paragraph dann als § 172 des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund und später des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich zum Gesetze.

Da der § 172 unseres Reichsstrafgesetzbuches sonach direkt aus dem preußischen Strafgesetzbuch hervorgewachsen ist, und da diesem die Auffassung des Erfordernisses der Ehescheidung als Thatbestandsmerkmal vollständig fern lag, so muß diese juristische Konstruktion auch für den § 172 R. St. G. B. entschieden abgelehnt werden.

Noch auf Eins sei hingewiesen: Der § 140 des preußischen Strafgesetzbuches und der § 149 des Friedbergschen Entwurfs begannen: „Der Ehebruch wird, wenn wegen dieses Vergehens die Ehe geschieden ist, bestraft." Daraus geht klar hervor, daß der Scheidung das vollendete Vergehen des Ehebruchs zu Grunde liegen sollte, und daß sie daher keinesfalls zum Thatbestande eines Delikts gehören kann, das bereits vollendet vorlag, als sie noch gar nicht existent geworden war.

Hätte Rüdorff die historische Entwickelung der Eingangsworte des § 172 St. G. B.: „Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben .. ..", die inhaltlich vollständig gleichbedeutend sind mit den Worten des preußischen Strafgesetzbuchs: „ .. wenn wegen dieses Vergehens .. " genau beachtet, so würde er Bedenken getragen haben, diese Anfangsworte kühn zu umschreiben (Kommentar, Note 4): „Der Ehebruch, wegen dessen die Ehe geschieden ist."

2) Zwingt uns schon die Einsicht in die geschichtliche Entstehung des Erfordernisses der Ehescheidung dessen Konstruktion als Moment des materiellen Deliktsbegriffs abzuweisen, so zeigt erst recht die Betrachtung jener Auffassung unter der Perspektive der Lehre vom Thatbestande ihre Unhaltbarkeit.

Thatbestand eines Verbrechens ist der „Inbegriff seiner konstitutiven Merkmale." (Frank, Komm. S. 73.) Man unterscheidet den objektiven

Thatbestand, die äußere Verwirklichung dieser Merkmale, und den subjektiven, den auf ihre Verwirklichung gerichteten Vorsatz des Verbrechers.

Ist beim Delikt des Ehebruchs die Scheidung der Ehe Thatbestandsmerkmal, dann muß sie subjektiv vom Thäter gewollt und objektiv als Erfolg seines Handelns in die Erscheinung getreten sein.

Nun ist in den weitaus meisten Fällen, wohl in allen, der Vorsatz des Ehebrechers lediglich auf die Vollziehung des Beischlafs und nicht etwa auch auf die durch den Beischlaf herbeizuführende Scheidung der Ehe gerichtet; der letztere Fall wäre zwar theoretisch zu konstruieren; z. B. ein in unglücklicher Ehe lebender Ehegatte konkumbiert, und zwar möglichst ostentativ, mit einem Dritten in der Absicht, durch diesen Ehebruch die Scheidung seiner Ehe zu bewirken. Immerhin aber wird man einen solchen, in praxi verschwindend seltenen Vorsatz bei Behandlung der vorliegenden Frage, bei der die gemeine Regel des Lebens zu Grunde gelegt werden muß, unberücksichtigt lassen dürfen. Wäre die Scheidung der Ehe ein Thatbestandsmerkmal des Ehebruchs, so würde sonach der subjektive Thatbestand nur in den seltensten Fällen vorliegen, und die vom Gesetzgeber statuirte Bestrafung des Delikts könnte fast nie eintreten.

Den objektiven Thatbestand des Ehebruchs anlangend, so war seit dem Sieg der kanonischrechtlichen Auffassung dessen Merkmal der außereheliche Beischlaf eines Ehegatten. Hiermit war das Delikt konsumiert, ein weitergehender Erfolg wurde nicht gefordert. Wollte man sich aber auch über die historische Ueberlieferung hinwegsetzen und dem objektiven Thatbestand des Ehebruchs die seinetwegen erfolgte Scheidung der verletzten Ehe hinzufügen, so würde sich zeigen, daß die Scheidung nicht auf das Handeln des Thäters zurückgeführt, nicht als strafrechtlicher Erfolg seines Thuns aufgefaßt werden kann.

Die Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs wird durch die Erhebung der Scheidungsklage seitens des unschuldigen Ehegatten angebahnt. Für die Scheidung kausal ist der Willensentschluß des die Scheidungsklage anstrengenden Ehegatten, ein Entschluß, der zwar in der Regel durch den begangenen Ehebruch veranlaßt oder mitveranlaßt sein wird, (es ist aber auch sehr wohl denkbar, daß der auf Scheidung klagende Ehegatte durchaus nicht durch den Treubruch seines Gatten, sondern durch ganz andersartige Motive zur Erhebung der Scheidungsklage bestimmt wird), der aber völlig selbständig die Kausalitätsreihe in Bewegung setzt, die zur Scheidung der Ehe führt. Wenn man annehmen wollte, das Delikt des Ehebruchs ist mit dem Beischlaf noch nicht konsumiert, die durch die Handlung des Ehebrechers ausgelöste Kausalitätsreihe ist damit noch nicht abgelaufen, so ist doch zweifellos, daß mit der Erhebung der Scheidungsklage durch den verletzten Ehegatten die vom Ehebrecher in Aktion gesetzte Kausalitätsreihe unterbrochen wird, daß in diesem Augenblick ein neuer, vollkommen selbständiger Lauf psychischer Kausalität beginnt, und daß so der Kausalzusammenhang zwischen der ehebrecherischen Handlung und der Ehescheidung entfällt.

Nun giebt es zwar in unserem Reichsstrafgesetzbuche eine Reihe von

Delikten, bei denen der Thäter strafrechtlich für einen Erfolg haftbar gemacht wird, den er zwar nicht gewollt, der sich aber als Resultat seiner gewollten Handlung eingestellt hat (die sog. „durch den Erfolg qualificierten Delikte", z. B. §§ 226, 323 St. G. B.).

Nach Analogie dieser Delikte konstruiert Berner, Lehrbuch S. 444, den Ehebruch. Er sagt: „Nur den mit tötlicher Folge für die Ehe verbundenen Ehebruch erklärt das Gesetz für strafbar" und in Anm. 1. a. a. O.: „Die Scheidung als Folge eines Ehebruchs liegt ebensowenig außerhalb der strafbegründenden Handlung als die unbeabsichtigte tötliche Folge bei der im § 226 bedrohten Körperverletzung." Berner sieht ein, daß der Ehebrecher seinen deliktischen Willen nicht notwendig auf die durch den Bruch der ehelichen Treue herbeigeführte Ehescheidung erstrecken muß und behauptet daher, ein so weitgehender Dolus sei nicht erforderlich; er übersieht aber, daß der Ehebruch um deswillen kein „durch den Erfolg qualifiziertes Delikt", bei dem dann allerdings ein Vorsatz für den Erfolg der Ehescheidung nicht nötig wäre, sein kann, weil bei allen diesen Delikten objektiv ein Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Thäters und ihrem, wenn auch unbeabsichtigten, Erfolg vorliegt, beim Ehebruch jedoch, wie vorher ausgeführt, ein solcher Kausalzusammenhang zwischen der Beischlafshandlung des Ehebrechers und der Ehe nicht besteht.

b) Offenbar die Einsicht, daß die Ehescheidung als Erfolg der ehebrecherischen Handlung logisch mit dem Thatbestand des Ehebruchs unvereinbar ist (siehe auch Binding, Grundriß S. 111 und Handbuch I, S. 601; sowie die ungewohnt kurze und prägnante Entscheidung des Reichsgerichts E. XXII, S. 137), hat einige Schriftsteller bewogen (s. v. Liszt, Lehrbuch S. 189 und S. 410, Anmerkung 3; Hugo Meyer, Lehrbuch S. 297), die Scheidung als eine außerhalb des Thatbestandes liegende Bedingung der Strafbarkeit des Ehebruchs zu konstruieren. Nach dieser Auffassung ist das Delikt des Ehebruchs mit der Beischlafsvollziehung vollendet; damit jedoch das Strafrecht des Staates zur Entstehung gelangen kann, muß noch ein äußerer Umstand, der mit dem Thatbestand des Delikts in gar keinem Zusammenhang steht, die Scheidung der Ehe, sich verwirklichen. Gerade wie z. B. nach §§ 102, 103 St. G. B. die Strafbarkeit feindlicher Handlungen gegen einen nicht zum Deutschen Reich gehörigen Staat oder gegen dessen Landesherrn dadurch bedingt ist, daß dieser ausländische Staat die Gegenseitigkeit verbürgt hat, so soll auch die Strafbarkeit des Ehebruchs davon abhängig sein, daß die durch den Treubruch verletzte Ehe seinetwegen geschieden ist.

Dieser Ansicht ist mit Binding, Handbuch I. S. 601, entgegen zu halten, daß eine Bedingung des staatlichen Strafrecht stets zur Zeit der Begehung der Verbrechens vorhanden sein muß, damit ersichtlich werde, ob ein Recht des Staates auf Bestrafung des Verbrechers zur Entstehung gelangt ist oder nicht. „Ein successiv bedingtes Strafrecht ist den Quellen fremd." Da aber die Scheidung der Ehe dem Ehebruch stets zeitlich nachfolgt, so kann sie nicht als Bedingung des Strafrechts des Staates, nicht als Bedingung der Strafbarkeit aufgefaßt werden.

Auch sprechen die praktischen Konsequenzen dieser Konstruktion gegen

sie. Ist die Ehescheidung Bedingung der Strafbarkeit des Ehebruchs, so muß der Richter, wenn sich in der Hauptverhandlung ergiebt, daß eine rechtsgültige Scheidung nicht vorliegt, den Angeklagten freisprechen, da in diesem Falle ein Strafrecht des Staates noch nicht existent geworden ist, während bei Auffassung des Erfordernisses der Ehescheidung als Bedingung der Strafverfolgung, als Prozeßvoraussetzung auf Einstellung des Verfahrens erkannt werden müßte. Ist der Angeklagte freigesprochen, dann kann ein neues Verfahren gegen ihn, wenn auch inzwischen der Mangel der Rechtsungültigkeit der Scheidung behoben wäre, nach dem Grundsatze: Ne bis in idem nicht mehr angestrengt werden. Der Billigkeit aber würde es gewiß nicht entsprechen, wenn ein Verbrecher durch einen vielleicht rein zufälligen Umstand der nach der Rechtsordnung verwirkten Strafe endgültig entzogen würde. (S. Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, S. 12, Anm. 10.)

c) Die durchaus herrschende, auch vom Reichsgericht in konstanter Praxis (E. VII, 298; XXII, 137; XV, 122, 261) vertretene Meinung betrachtet denn auch das Erfordernis der Ehescheidung als *Prozeßvoraussetzung*, d. h. als Bedingung *nicht der Entstehung des staatlichen Strafanspruchs*, sondern *der Geltendmachung dieses Anspruchs*, als Bedingung des *Strafklagerechts* des Staates. Ganz besonders wird diese Ansicht gestützt durch die analoge Bestimmung des § 238 St. G. B. „Hat der Entführer die Entführte geheiratet, so *findet die Verfolgung nur statt*, nachdem die Ehe für ungültig erklärt ist." Hier sagt der klare Wortlaut des Gesetzes, daß die Ungültigkeitserklärung der Ehe Bedingung der Verfolgung des staatlichen Strafanspruchs, Prozeßvoraussetzung ist. Der Absatz 2 aber des § 172 und des § 238 St. G. B. stehen in so engem Zusammenhange, die Motive, die den Gesetzgeber in beiden Fällen bewogen haben, im Interesse der Aufrechterhaltung bestehender Ehen diese Delikte erst nach Auflösung der Ehe zu verfolgen, sind genau die gleichen, so daß der Annalogieschluß nicht von der Hand zu weisen ist, wie im § 238 habe das Gesetz auch im § 172 die vorgängige Auflösung der Ehe zur Voraussetzung für die Strafverfolgung statuieren wollen.

Die herrschende Meinung vertreten Binding, Handbuch I., S. 601 (abweichend jedoch Normen II, 464), Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht II, 472 und Gerichtssaal 1870, S. 440; v. Risch, Gerichtssaal 1884, S. 252; v. Kries, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft V, S. 12; Bennecke a. a. O., S. 12; Villnow in Goltd. Arch. XXXIII, S. 172; Fischer a. a. O.; Olshausen, Komm. N. 6; Oppenhoff, Komm. N. 9; Frank, Komm. N. 3; Löwe, Komm. zur R. St P. O., II. Buch, Abschn. 1, Note 16b; mit sehr dürftiger Begründung Mainzer, die Ehe S. 27 und 7.

Im schwurgerichtlichen Verfahren entscheidet über das Vorhandensein des Erfordernisses der Ehescheidung als einer lediglich prozessualen Bedingung der Gerichtshof, nicht die Geschworenen. (R. G. E. XV, S. 125.) Gegen diese Ansicht hat die Revisionsbegründung in der angezogenen Entscheidung des Reichsgerichts den auf den ersten Blick bestechenden Einwand ins Feld geführt, die Strafe des § 172 St. G. B. könne nur verhängt werden, wenn im Strafverfahren derjenige Ehebruch festgestellt werde, wegen

dessen die Scheidung der Ehe erfolgt sei; das Richterkollegium sei aber gar nicht in der Lage, prüfen zu können, wegen welches Falles des Ehebruchs die Geschworenen das Schuldig gesprochen hätten. Demgegenüber weist das Reichsgericht mit Recht auf die Bestimmung des § 293 St. P. O. hin, wonach bei der Fragestellung die dem Angeklagten zur Last gelegte That . . . . . „unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände" bezeichnet werden muß; diese Bestimmung giebt eine Handhabe, den von der Revision gerügten Mißstand zu vermeiden.

d) Eine eigenartige, wenn auch unhaltbare Konstruktion des Erfordernisses der Ehescheidung hat Amtsrichter Conrad in Goltdammers Archiv Bd. 35, S. 21 ff. geliefert. Er faßt, indem er sich strikt an den Wortlaut des § 172 St. G. B. klammert, dies Requisit als „Bedingung der Bestrafung." Die Strafverfolgung des Ehebruchs sei einzig und allein von dem Antrag des Berechtigten abhängig; zur Bestrafung werde jedoch die Scheidung der Ehe wegen des inkriminierten Ehebruchs vorausgesetzt. Die Strafverfolgung, das strafprozessuale Verfahren solle nicht erst dann beginnen, wenn die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden sei, sondern es solle nur während bestehender Ehe ein auf Strafe lautendes Urteil nicht ergehen, oder, wenn es doch erlassen sei, solle die Strafvollstreckung bis zum Eintritt der Scheidung der Ehe ausgesetzt werden. Dem juristischen Sprachgebrauch nach gelte nur derjenige als bestraft, gegen den die Strafe wirklich vollstreckt sei; es sei deshalb anzunehmen, daß der Gesetzgeber im § 172, Abs. 1 nur habe zum Ausdruck bringen wollen, daß die wegen Ehebruchs verhängte Strafe erst nach Scheidung der Ehe zu vollziehen sei. Praktisch denkt sich Conrad die Sache so: Der Antragsberechtigte hat binnen 3 Monaten, seitdem er von dem Ehebruch und der Person des Mitschuldigen seines Ehegatten Kenntnis erlangt hat, bei der Staatsanwaltschaft Antrag auf Strafverfolgung zu stellen und zugleich der Nachweis zu erbringen, daß er wegen des Ehebruchs Klage auf Scheidung der Ehe angestrengt hat. Die Staatsanwaltschaft kann dann den Ehebruch ohne Rücksicht auf den Gang des Ehescheidungsprozesses verfolgen, wird aber wohl aus Opportunitätsgründen das Ende dieses Prozesses abwarten und, wenn die Ehe wegen des betreffenden Ehebruchs geschieden ist, die Strafverfolgung aufnehmen, andernfalls den Antrag wegen Aussichtslosigkeit zurückweisen. Liefert der Verletzte bei Stellung des Strafantrags nicht zugleich den Nachweis, daß er wegen des Ehebruchs die Scheidungsklage erhoben hat, so wird die Staatsanwaltschaft den Antragsteller auffordern, binnen der gesetzlichen Antragsfrist diesen Nachweis zu führen, und nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Antrag endgültig abweisen. Nach Conrad ist das Strafrecht des Staates mit der Begehung der Beischlafshandlung entstanden; das Strafklagerecht des Staates wird in dem Augenblick existent, in dem der Verletzte wegen des Ehebruchs Strafantrag stellt. Damit jedoch ein auf Strafe lautendes Erkenntnis gegen den Ehebrecher und seinen Mitschuldigen ergehen, oder damit ein solches Urteil vollstreckt werden kann, soll noch als weitere Bedingung, als „Bedingung der Bestrafung", die Scheidung der Ehe wegen des Ehebruchs hinzukommen.

Demgegenüber muß zunächst eingewandt werden, daß dem juristischen Sprachgebrauch nach durchaus nicht eine Person erst dann als „bestraft"

versteifen wollte, die Strafvollstreckung durch die Scheidung der Ehe bedingt erachtet werden, sondern höchstens der Erlaß eines auf Strafe lautenden Urteils. Eine solche Bedingung aber wäre eine logisch unmögliche: Das Strafrecht des Staates soll mit dem Begehen der deliktischen Handlung, das staatliche Strafklagerecht mit der Stellung des Strafantrags von Seiten des Berechtigten entstanden sein; aber der Staat soll sein Recht erst zur konsequenten, endgültigen Durchführung bringen können, wenn die Ehe geschieden ist. Dieses Strafklagerecht des Staates dürfte und könnte sonach nicht bezwecken, was es seinem innersten Wesen nach soll und muß, den Verbrecher in Strafe zu nehmen. Ein solches Shylockrecht aber, ein solches Recht: „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht naß," ist ein logischer Widerspruch. Ganz abgesehen davon, daß nicht einleuchten kann, welcher Grund den Gesetzgeber, der die Verfolgung des Ehebruchs bei bestehender Ehe, das Eindringen der Untersuchung wegen Ehebruchs in eine noch nicht gelöste Ehe gestattet hätte, bewogen haben sollte, lediglich die Bestrafung des Ehebruchs von der Scheidung abhängig zu machen. Nimmt der Gesetzgeber so wenig Rücksicht auf das Geheimnis der Familie, daß er dem Staatsanwalt unnachsichtlich die Untersuchung des Ehebruchs bei bestehender Ehe erlaubt, warum soll er dann die Bestrafung erst nach erfolgter Scheidung eintreten lassen?

e) Zur vorliegenden Kontroverse hat noch Stein in seinem Werke über das private Wissen des Richters in einer gelegentlichen Bemerkung (S. 126, Note 55) das Wort ergriffen und kurz ausgeführt: In der Streitfrage, ob die Scheidung der Ehe im § 172 St. G. B. Prozeßvoraussetzung oder Bedingung der Strafbarkeit sei, hätten beide Theile Recht. Daß die Ehe wegen Ehebruchs geschieden sei, bilde eine Prozeßvoraussetzung; es sei sonst keine Anklage statthaft. Daß sie aber wegen des Ehebruchs geschieden sei, der sich als Ergebnis der Verhandlung darstelle, sei Bedingung der Strafbarkeit. Daher Einstellung des Verfahrens, wenn die Ehe gar nicht oder nicht wegen Ehebruchs, Freisprechung, wenn sie wegen eines anderen Ehebruchs geschieden sei.

Hier sei zunächst auf das hingewiesen, was früher zur Zurückweisung der Konstruktion der Ehescheidung als Bedingung der Strafbarkeit ausgeführt wurde. Weiter aber bildet nicht nur die Thatsache, daß die Ehe wegen Ehebruchs geschieden ist, sondern auch die Thatsache, daß die Ehe wegen des zur Anklage verstellten Ehebruchs geschieden ist, eine Prozeßvoraussetzung; der Staatsanwalt hat bei Einleitung des Verfahrens nicht nur zu prüfen, ob die Ehe wegen Ehebruchs geschieden, ist, sondern er hat auch festzustellen, ob die Ehe gerade wegen des Ehebruchs, dessen Verfolgung beantragt wird, aufgelöst ist. Der letztere Satz ergiebt sich, wenn man in dem Erfordernis der Ehescheidung einmal eine Prozeßvoraussetzung erblickt, unabweislich aus der klaren Bestimmung des § 172, Abs. 1 St. G. B. „Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, ... bestraft."

II. Die Scheidung der Ehe muß wegen des zur Anklage verstellten Ehebruchs erfolgt sein; ist sie aus einem anderen Grunde ausgesprochen, so bleibt das Vergehen straflos, selbst wenn in den Gründen des die Ehe scheidenden Urteils einen Ehebruch festgestellt sein sollte. (Oppenhoff a. a. O., N. 9 a; Fr. Meyer, Kommentar N. 6, Rüdorff-Stenglein, Kommen-

tar N. 4; Olshausen a. a. O., N. 8, der jedoch unrichtigerweise Kausalzusammenhang zwischen der Scheidung der Ehe und dem Ehebruch verlangt.) Der Bestrafung steht es nicht im Wege, wenn der inkriminierte Ehebruch erst durch das die Berufung wider das Scheidungsurteil zurückweisende Erkenntnis II. Instanz als Scheidungsgrund festgestellt worden ist (R. G. E. XXI., 21), oder wenn im Ehescheidungsurteil noch andere Thatsachen zur Rechtfertigung der Scheidung angeführt sind. Auch ist die Bestrafung des „Mitschuldigen" durchaus nicht davon abhängig, daß er als solcher im Ehescheidungsurteil bezeichnet ist; abgesehen davon, daß das Strafgesetzbuch eine diesbezügliche Bestimmung nicht enthält, würde die entgegengesetzte Ansicht nicht nur gegen den Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrags verstoßen, sondern auch außer Acht lassen, daß der Civilrichter prozessualisch gar nicht imstande ist, die That des Mitschuldigen gegen diesen zur rechtskräftigen Feststellung zu bringen (R. G. E. VI., 107). Die neue C. P. O. enthält indessen im § 624 eine Vorschrift, wonach der Mitschuldige, wenn seine Person sich aus den Verhandlungen ergeben hat, im Scheidungsurteile zu bezeichnen ist.

III. Daß die Ehe wegen Ehebruchs geschieden sein muß, ist gleichbedeutend mit aufgelöst; die Ehe muß dem Bande nach getrennt, es darf nicht lediglich gemäß §§ 1575, 1576 B. G. B. auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (nach früherem Recht auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett) erkannt sein. Wenn zwar im civilprozessualen Sinne nach § 639 C. P. O. unter Scheidung auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verstehen ist, so kann diese Vorschrift wegen ihres lediglich prozeßrechtlichen Charakters nicht in das Strafrecht hineingetragen werden; zudem aber geht die Tendenz des Gesetzgebers dahin, den Ehebruch nur bei bereits dem Bande nach getrennten Ehen zu bestrafen; die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft läßt jedoch das Band der Ehe unberührt (§§ 1586, 1587 B. G. B.). So für die frühere zeitweilige Trennung von Tisch und Bett, Berner, Lehrbuch S. 445; H. Meyer, Lehrbuch S. 736, N. 16, Oppenhoff, Kommentar N. 12; anderer Meinung Olshausen, Kommentar, N. 7., Rüdorff-Stenglein, Kommentar N. 5.

IV. Das Ehescheidungsurteil hat, was den Beweis des Ehebruchs, die rechtliche Beurteilung des Vergehens, insbesondere seine Strafausschließungsgründe anlangt, keinerlei präjudizielle Bedeutung für den Strafrichter. Dieser kann insbesondere nicht auf die Beweiserhebung im Ehescheidungsprozesse verweisen, sondern muß die Beweise für den Ehebruch selbst erheben. Nur die Thatsache, daß die Ehe wegen eines Ehebruchs rechtskräftig geschieden ist, muß er anerkennen. Stellt sich daher auch im Strafverfahren heraus, daß die Scheidung der Ehe zu Unrecht erfolgt ist, weil z. B. der Civilrichter Momente übersehen hat, die der Scheidung im Wege gestanden hätten, so hat dies gegenüber der Thatsache der rechtskräftigen Scheidung keine Bedeutung. (Schwarze, Kommentar N. 5 und in Holtzendorffs Handbuch III., S. 297; Olshausen a. a. O., N. 8.)

C. Nach Absatz 2 des § 172 St. G. B. ist die Verfolgung des Ehebruchs, abgesehen von der seinetwegen erfolgten Scheidung der Ehe, noch von dem Strafantrage des Berechtigten abhängig.

I. Zur Stellung des Strafantrags berechtigt ist der durch den Treubruch verletzte Ehegatte; bei Doppelehebruch jeder der beiden beleidigten Gatten, ganz ohne Rücksicht darauf, ob die beiden Ehen geschieden sind oder nur eine. (Andrer Meinung Olshausen a. a. O., N. 9a: Antragsberechtigung ohne vorangegangene Scheidung könne nicht angenommen werden; Schwarze, Kommentar, N. 8 und in Holtzendorffs Handbuch III, S. 299). Ebenso ist bei beiderseitigem Ehebruch jeder Ehegatte gegen den anderen strafantragsberechtigt, auch ohne daß auf beide Ehebruchsfälle, wie Olshausen a. a. O., seiner Ansicht konsequent, verlangt, auf erhobene Klage und Widerklage hin, die Scheidung basiert wurde.

Ist der verletzte Ehegatte noch minderjährig (seit dem Inkrafttreten des B. G. B. kann nur noch eine minderjährige Ehefrau in Betracht kommen), so hat, sofern er noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, sein gesetzlicher Vertreter das Recht, Strafantrag für ihn zu stellen; hat er jenes Alter erreicht, so steht ihm das Antragsrecht neben seinem gesetzlichen Vertreter zu. (§ 65 St. G. B.). Diese Bestimmung giebt zu Bedenken Anlaß; das Recht zur Stellung des Strafantrags ist ein *höchstpersönliches* des beleidigten Ehegatten; dieses Recht darf einem unbeteiligten Dritten nicht ausgeliefert werden. (Deshalb haben auch einige Partikulargesetzbücher, wie das sächsische und das bayrische [s. Schwarze bei Holtzendorff a. a. O., S. 300], diese Bestimmung perhorresziert.)

II. Von welchem Zeitpunkt an die dreimonatliche Frist zur Stellung des Strafantrags zu laufen beginnt, ist eine Kontroverse, die wegen ihres innigen Zusammenhangs mit der Frage über die juristische Natur des Erfordernisses der Scheidung der Ehe nicht minder heiß umstritten ist wie jene. Nach der allgemeinen Regel des § 61 St. G. B. beginnt die Antragsfrist mit dem Tage, seit dem der zum Antrag Berechtigte von der Handlung und von der Person des Thäters Kenntnis gehabt hat. Erblickt man in dem Requisit der Scheidung der Ehe, als dem Erfolg der ehebrecherischen Handlung, ein Thatbestandsmoment, oder faßt man dies Erfordernis als Bedingung für das Entstehen des staatlichen Strafanspruchs, so erscheint es konsequent, diese Frist *mit der Kenntnis von der Rechtskraft des Scheidungsurteils* laufen zu lassen (so Schwarze, Kommentar, N. 7; und bei Holtzendorff III, S. 300; Berner, a. a. O., S. 443; v. Liszt, Lehrbuch S. 411; Meves, in Holtzendorffs Strafrechtszeitung, Band XIII, S. 263); denn erst mit der rechtskräftigen Scheidung der Ehe ist für die erstere Anschauung das Delikt vollendet, der Thatbestand des Vergehens vollkommen erfüllt, und liegt für die letztere Auffassung ein Delikt, eine Handlung, auf deren Bestrafung der Staat einen Anspruch erworben hat, vor. Wer jedoch das Requisit der Ehescheidung lediglich als Prozeßvoraussetzung, als Bedingung für das Entstehen des staatlichen *Strafklagerechts* konstruiert, muß logischerweise den Lauf der Antragsfrist *mit der Kenntnis der Beischlafsvollziehung* beginnen lassen (Oppenhoff a. a. O. N. 15; Hälschner, Strafrecht II, 473; Dochow in Holtzendorffs Handbuch III, 274; Heinze das. II, 629, Anm. 6; Villnow in Goltdammers Archiv. Bd. 23, S. 171; Fischer, Gerichtssaal Bd. 31, S. 56 ff., Bd. 32, S. 496 ff., Reber, Antragsdelikte, S. 471; Frank, Kommentar N. 5;) denn

nach dieser Ansicht ist mit der Beischlafshandlung der Thatbestand des Ehebruchs vollendet, das Strafrecht des Staates entstanden und die strafbegründende „Handlung" des § 61 St. G. B. begangen.

Trotzdem stehen eine Anzahl Autoren, (Olshausen, a. a. O. Note 9 d, Binding, Handbuch I, 644) und mit ihnen in konstanter Praxis auch das Reichsgericht (E. I, 44; II, 62; XXVI., 116; R. I, 180; III, 181,) ob sie schon in dem Erfordernis der Ehescheidung eine Prozeßvoraussetzung erblicken, auf dem Standpunkt, die Frist für die Stellung des Strafantrags fange erst mit der Kenntnis des Berechtigten von der Rechtskraft des Civilurteils zu laufen an.

Das Reichsgericht begründet in seinen Entscheidungen, E. I, 44; II, 62, diese Ansicht durch folgende Sätze: (vgl. hierfür bes. Fischer, Gerichtssaal, Bd. 32, S. 496 ff.)

1) Der Wortlaut des § 61 St. G. B., der bestimmt, eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu verfolgen, wenn der Strafantrag nicht binnen 3 Monaten gestellt wird, läßt erkennen, daß jene Gesetzesstelle solche strafbare Handlungen im Auge hat, die im Falle der Stellung des Verfolgungsantrags verfolgt werden können, nicht aber solche Handlungen, deren Verfolgung noch ein gesetzliches Hindernis im Wege steht. Da nun der Ehebruch erst dann, wenn seinetwegen die Ehe geschieden ist, als eine verfolgbare Handlung im Sinne des § 61 St. G. B. erscheint, so kann die Frist zur Stellung des Verfolgungsantrags erst mit dem Tage beginnen, seit welchem der zum Antrage Berechtigte von der die Verfolgbarkeit bedingenden Rechtskraft des Scheidungsurteils Kenntnis gehabt hat. (E. II, S. 63).

2) Da die Strafverfolgung durch das einschlagende Strafgesetz bis zu dem Zeitpunkt ausgeschlossen ist, zu welchem die Ehe geschieden ist, so ergiebt sich daraus mit natürlicher Konsequenz, daß der nach § 61 St. G. B. erforderliche Strafantrag, der bestimmt ist, die Strafverfolgung nach Maßgabe des Gesetzes herbeizuführen, inhalt- und bedeutungslos erscheint, so lange er diese Wirkung herbeizuführen nicht geeignet ist, und daß mithin aus einem derartig verfrühten Antrag weder Rechte hergeleitet, noch Rechtsnachteile daran geknüpft werden können, daß er nicht gestellt ist, bevor die Scheidung rechtskräftig stattfand.

3) Das gleiche folgt aus der Natur eines auf Strafverfolgung gerichteten Antrags auch insofern, als derselbe den Willen des Berechtigten erkennen lassen muß, die Verfolgung der fraglichen Strafthat nach Maßgabe des Strafgesetzes alsbald herbeizuführen, und sonach nicht von dem Eintritte einer Bedingung, also auch nicht von dem noch ungewissen Ereignisse der künftigen Ehescheidung, abhängig gemacht werden kann.

4) Zu demselben Ergebnisse lassen endlich auch die Entstehungsgeschichte, sowie die inneren bestimmenden Gründe des Gesetzes gelangen.

a) Die neueren Strafgesetzgebungen, wie das A. L. R., das preußische, das lübeckische, das bayrische Strafgesetzbuch, wurden bei Aufnahme der Bestimmung über die strafrechtliche Verfolgung des Ehebruchs

neben dem Gesichtspunkte der Verletzung des Rechtes des beleidigten Ehegatten vorzugsweise von der Rücksicht auf die sittliche Würde der Ehe und deren Erhaltung geleitet. Dem Vorgang dieser Strafgesetzbücher ist das Reichsstrafgesetzbuch gefolgt.

b) Wenn nach der maßgebenden Auffassung des Gesetzes mit der Untersuchung wegen Ehebruchs in eine noch bestehende Ehe nicht eingegriffen werden soll, und die Bestrafung eines Ehegatten wegen Ehebruchs mit dem Wesen der noch fortdauernden Ehe nicht vereinbarlich erachtet wird, so muß dies auch von dem Antrage gelten, der darauf gerichtet ist, diese Bestrafung herbeizuführen.

c) Wäre ferner der Beginn der Antragsfrist an die dem Antragsberechtigten bekannt gewordene Thatsache des Ehebruchs geknüpft, so würde der Berechtigte zumeist in die Zwangslage gesetzt erscheinen, den Antrag auf Bestrafung, um des Rechtes dazu durch den Ablauf der Frist nicht verlustig zu gehen, bereits vor der Entscheidung über die Trennung der Ehe zu stellen. Eine Zurücknahme aber des unter dem Eindruck der begangenen Treueverletzung gestellten Antrags wäre dann nicht mehr zulässig. Damit würde der Aussöhnung der Ehegatten und der Erhaltung der Ehe, der ersichtlichen Tendenz des Gesetzes offenbar zuwider, ein schwerwiegendes Hindernis entgegengestellt.

d) Es erscheint nicht ohne Bedeutung, daß einzelne deutsche Strafgesetzgebungen, insbesondere das lübecker und das bayerische Strafgesetzbuch, ausdrücklich bestimmt hatten, daß der Strafantrag erst nach rechtskräftiger Scheidung der Ehe gestellt werden könne, und daß der Entwurf zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, sowie demnächst das Strafgesetzbuch selbst eine abweichende Bestimmung, wie sehr sie andernfalls nach dem Inhalte der generellen Bestimmung des § 61 St. G. B. auch angezeigt gewesen wäre, nicht aufgenommen haben.

Zu 1.) Das Reichsgericht stützt seinen ersten Satz auf den Wortlaut des § 61 St. G. B., der besagt: „Eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu verfolgen, wenn der Berechtigte es unterläßt, den Antrag binnen 3 Monaten zu stellen. Diese Frist beginnt mit dem Tage, seit welchem der Berechtigte von der Handlung und von der Person des Thäters Kenntnis gehabt hat.“ Aus dieser Bestimmung des Strafgesetzes aber ergiebt sich mit logischer Konsequenz gerade die der Ansicht des Reichsgerichts entgegengesetzte Auffassung. Die Frist zur Stellung des Strafantrags beginnt mit dem Tage der Wissenschaft des Berechtigten von der Handlung und von der Person des Thäters; der § 61 enthält kein Wort davon, daß die Handlung z. Zt. der Stellung des Antrags eine verfolgbare sein muß; hätte er dies gewollt, so hätte er die Frist von der Kenntnis der Verfolgbarkeit der Handlung an laufen lassen müssen. Tritt daher die Verfolgbarkeit der Handlung erst nach Begehung der Strafthat ein, so läuft die Frist von der Kenntnis der Begehung der Strafthat an und nicht von der Wissenschaft ihrer Verfolgbarkeit.

Zu 2.) Der Strafantrag ist die Aeußerung des Willens des Verletzten, daß er den Thäter einer strafbaren Handlung zur Strafe gezogen

haben will. Sonach ist zwar die Entstehung des staatlichen Strafklagerechts durch die Stellung des Antrags auf Verfolgung von Seiten des Berechtigten bedingt, wann jedoch dies entstandene Strafklagerecht in Aktion treten soll, ob sofort, oder erst nach Eintritt anderweiter Bedingungen des Strafverfahrens, darauf erstreckt sich der Wille des Antragstellers nicht. Wäre die Stellung des Strafantrags insolange wirkungslos, als der Strafverfolgung ein gesetzliches Hindernis im Wege steht, so müßte in allen solchen Fällen die Antragsfrist erst von dem Tage an zu laufen beginnen, seit dem der Berechtigte von der Beseitigung des Hindernisses Kenntnis erhalten hat. Gesetzt z. B. den Fall, der Thäter verfiele nach der That in Geisteskrankheit, oder er flüchtete ins Ausland (§ 203 St. P. O.); sollte dann wirklich der Berechtigte erst Strafantrag stellen dürfen, wenn er erfahren hätte, der Thäter sei wieder gesund, oder er sei in die Heimat zurückgekehrt?

Ueberträgt man den vom Reichsgericht aufgestellten Satz auf eine Institution des Civilrechts, die Nacherbfolge, zu deren Eintritt ebenso wie zur Bestrafung des Ehebruchs zwei Voraussetzungen, die Einsetzung des Nacherben und ein den Wegfall des Vorerben bedingendes Ereignis, z. B. dessen Tod, gegeben sein müssen, so gelangt man zu folgendem juristischem Ungeheuer: „Da der Eintritt der Nacherbfolge bis zu dem Zeitpunkte ausgeschlossen ist, zu welchem der Tod des Vorerben erfolgt, so ergiebt sich daraus mit natürlicher Konsequenz, daß die Einsetzung des Nacherben, die bestimmt ist, den Eintritt der Nacherbfolge herbeizuführen, inhalt- und bedeutungslos erscheint, so lange sie diese Wirkung herbeizuführen nicht geeignet ist, und daß mithin aus einer derartig verfrühten, d. h. vor dem Tode des Vorerben erfolgten, Einsetzung des Nacherben weder Rechte hergeleitet, noch Rechtsnachteile daran geknüpft werden können, daß sie nicht erfolgt ist, bevor der Tod des Vorerben eintrat." Dies Beispiel wirft auf den wunden Punkt der reichsgerichtlichen Auffassung ein grelles Licht; der Fehler liegt darin, daß das Reichsgericht eine bestimmte Reihenfolge annimmt, nach der die beiden Voraussetzungen der Bestrafung des Ehebruchs, die Stellung des Strafantrags und die Scheidung der Ehe, sich verwirklichen müßten; daß es sich auf die Forderung versteift, die Scheidung der Ehe müsse der Stellung des Strafantrags unbedingt zeitlich vorausgehen, während in Wirklichkeit die Sache so liegt, daß die Reihenfolge dieser Voraussetzungen ganz und gar gleichgültig ist.

Zu 3.) Richtig ist, daß die rechtskräftige Scheidung der Ehe eine unerläßliche Bedingnng für die Strafverfolgung des Ehebruchs darstellt. Dessen aber ist sich der wegen Ehebruchs Strafantrag stellende Verletzte bewußt. Er weiß, daß sein Strafantrag nur dann Erfolg haben kann, wenn auch die von ihm angestrengte Scheidungsklage zum Ziele führt, sein Antrag gilt stillschweigend nur für den Fall gestellt, daß seine Ehe geschieden wird. Sonach ist die Ehescheidung „ein Umstand, der zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich ist, auch ohne daß er zur Bedingung erhoben wird" (Windscheid Pandekten, Band I, S. 245), dessen Vorhandensein das Gesetz zur Erzielung des rechtlichen Effekts ausdrücklich verlangt. Ein solcher Umstand aber ist nicht eine Bedingung in juristischem Sinn, sondern eine condicio quae inest tacita, eine condicio iuris; er kann daher, da der Antragsteller sein demnächstiges Eintreten

als etwas selbstverständliches voraussetzt, nicht den Willen des Antragstellers zu einem bedingten machen; ebensowenig wie der Wille des Erblassers, der ein Vermächtnis anordnet, dadurch ein bedingter wird, daß der Anfall des Vermächtnisses von dem noch ungewissen Ereignis der Antretung der Erbschaft durch den eingesetzten Erben abhängt.

Zu 4.) Die vom Reichsgericht in 4 a) angeführte Tendenz des Gesetzgebers hat zweifellos vorgelegen. (Vergl. bes. die früher citierten Motive der Entwürfe des preußischen St. G. B.)

Daraus aber resultiert noch lange nicht die vom Reichsgericht in b) gezogene Folgerung, daß auch die Stellung des Strafantrags mit dem Wesen der noch fortdauernden Ehe nicht vereinbar sei. Wenn der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Erhaltung der Ehe es reprobiert, daß eine Strafverfolgung wegen Ehebruchs vor der Scheidung der Ehe stattfinde, so liegt darin noch kein Grund, um auch die Stellung des Strafantrags vor der Scheidung der Ehe zu verbieten. Hat doch der Friedbergsche Entwurf ausdrücklich die entgegengesetzte Konsequenz gezogen, indem er bestimmte: Der Antrag „kann nur im Laufe des Ehescheidungsverfahrens bis zur Abfassung des Urteils I. Instanz gestellt" werden. Ebenso hatten das preußische Strafgesetzbuch und der II. Entwurf des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund die Bestimmung aufgenommen, daß der Antrag auf Nichtbestrafung im Laufe des Scheidungsprozesses..... gestellt werden sollte. Es ist aber doch rechtlich gleich zu beurteilen, ob die Stellung eines Antrags auf Nichtbestrafung binnen eines bestimmten Zeitraumes unterlassen, oder ein Antrag auf Bestrafung gestellt wird. Legt man nun dem vor der Scheidung gestellten Strafantrag keine juristische Wirkung bei, so darf man folgerichtig auch dem während des Scheidungsverfahrens unterlassenen Antrag auf Nichtbestrafung keine Bedeutung zuerkennen.

Diesen Standpunkt aber haben die citierten Gesetze, ob schon sie von der gleichen ratio legis wie der Gesetzgeber des St. G. B. ausgingen, ausdrücklich zurückgewiesen; die Folgerung des Reichsgerichts, daß der Antrag auf Bestrafung des Ehebrnchs wegen der auf Schonung der bestehenden Ehen gerichteten Absicht des Gesetzgebers vor der Scheidung der Ehe nicht gestellt werden könne, ist sonach keine aus der Tendenz des Gesetzgebers logisch resultierende und steht zudem im Widerspruch mit der Entstehungsgeschichte des § 172 St. G. B.

Zu 4 c.) Die Zurücknahme des Strafantrags ist erst seit der Novelle zum Reichsstrafgesetzbuch vom 26. Februar 1876 unzulässig; vorher war sie gestattet. Will nun das Reichsgericht mit dem Hinweis auf das Verbot der Zurücknahme des Antrags sagen, daß erst durch die Novelle von 1876 der Beginn der Antragsfrist in dem von ihm angenommenen Sinne normiert worden sei? Doch wohl keineswegs. Dann aber ist es ein seltsames Unterfangen, zur Stütze eines Rechtssatzes Bestimmungen zu Hülfe zu rufen, die zur Zeit seiner Entstehung noch gar nicht existierten, und die das strikte Gegenteil derjenigen Gesetze bilden, die man bei sachgemäßer Behandlung hätte heranziehen müssen.

Aber selbst wenn auch die frühere Gesetzgebung, was sie nicht

gethan hat, die Zurücknahme des Strafantrags verboten hätte, so wäre hierdurch noch nicht „der Aussöhnung der Ehegatten und der Erhaltung der Ehe ein schwerwiegendes Hindernis entgegengestellt." Denn erstlich ist der Effekt der Zurücknahme des Strafantrags noch auf anderem Wege zu erreichen. Der verletzte Ehegatte muß, wenn er die Bestrafung seines ehebrecherischen Gatten erzielen will, nicht nur Strafantrag stellen, sondern auch die Klage auf Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs anstrengen. Dadurch aber, daß er diese beiden Handlungen vornehmen muß, um zum Ziel zu gelangen, ist ihm auch die Möglichkeit gegeben, wenn er sich mit seinem Ehegatten aussöhnen und ihm den begangenen Fehltritt verzeihen will, die Einleitung des Strafverfahrens auszuschließen, auch wenn, wie jetzt, die Zurücknahme des Strafantrags nicht mehr zulässig ist. Er braucht lediglich die erhobene Scheidungsklage zurückzuziehen, worin der beklagte Ehegatte, sofern er die Aussöhnung wünscht und einer Bestrafung entgehen will, gewiß mit Freuden einstimmen wird.

Andererseits kann es auf die Tendenz des Gesetzgebers, die bestehenden Ehen aufrecht zu erhalten, im vorliegenden Falle keineswegs ankommen, einerlei, ob die Zurücknahme des Strafantrags gesetzlich gestattet oder unzulässig ist. Entweder wird die Ehe auf die Scheidungsklage des verletzten Ehegatten hin geschieden, dann muß es dem Gesetzgeber im Hinblick auf jene Tendenz gleichgültig sein, ob der gestellte Strafantrag zurückgenommen werden kann oder nicht; das Band der Ehe ist dann zerrissen, und die legislatorische, auf Schonung der Ehe gerichtete Absicht ist definitiv vereitelt. Wird aber die Ehe nicht geschieden, so ist es dem Gesetzgeber ebenso einerlei, ob die Zurücknahme des Antrags erlaubt ist: denn das Band der Ehe bleibt ja unversehrt.

Zu 4 d.) Daraus, daß das Reichsstrafgesetzbuch Spezialbestimmungen über den Lauf der Antragsfrist beim Ehebruch, wie sie sich in deutschen Partikulargesetzbüchern mehrfach fanden, nicht aufgenommen hat, kann der unbefangene Betrachter nur einen Schluß auf die der reichsgerichtlichen Ansicht entgegengesetzte Auffassung ziehen. Der Gesetzgeber des Reichsstrafgesetzbuches war gerade durch jene Partikulargesetzbücher auf die Prüfung der Frage, ob hier eine besondere Bestimmung am Platze sei, ausdrücklich hingewiesen; wenn er trotzdem eine solche nicht getroffen hat, so folgt daraus, daß er eine Spezialbestimmung nicht statuieren wollte.

Aber ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 172 St. G. B. belehrt uns eines Anderen. Der erste (Friedberg'sche) Entwurf des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund enthielt eine besondere Norm über die Frist zur Stellung des Antrags auf Bestrafung; der zweite, auf das preußische Strafgesetzbuch zurückgehende Entwurf bestimmte eine Frist, binnen welcher der Antrag auf Nichtbestrafung gestellt werden mußte. Die Reichstagskommission machte indessen den Ehebruch wieder zum Antragsvergehen, unterließ es jedoch, einen Zusatz über die Antragsfrist, wie ihn alle Vorläufer des Strafgesetzbuchs aufgenommen hatten, beizufügen. Sonach beruht der Umstand, daß im Reichsstrafgesetzbuch eine Spezialbestimmung über den Lauf der Antragsfrist beim Ehebruch fehlt, lediglich auf einem Uebersehen der Reichstagskommission und kann daher einen Rückschluß auf

den Willen des Gesetzgebers weder zur Stütze der Ansicht des Reichsgerichts noch der entgegengesetzten Auffassung begründen.

Binding, der in seinem Handbuch I, 644 mit dem Reichsgericht die Meinung vertritt, daß die Antragsfrist von der Kenntnis der Rechtskraft des Scheidungsurteils an zu laufen beginne, weist gleichwohl die Mehrzahl der vom Reichsgericht geltend gemachten Gründe zurück und stützt seine Ansicht vor allem darauf, daß es sich im vorliegenden Falle „nicht sowohl um die Frist, als um das Subjekt für den Strafantrag handele. Es solle eben gerade nicht der Ehegatte während bestehender Ehe diesem Verhältnisse zum Trotz den Strafantrag stellen, sondern der gewesene Ehegatte nach gelöster Ehe." Diese de lege ferenda gewiß beachtenswerte Erwägung hat leider im Strafgesetzbuch, wie es nun einmal vorliegt, nicht den geringsten Anhaltspunkt. Ueber die weitere Ausführung Bindings: „Wäre ja sonst der Antrag während der Ehe ein bedingter, der nur gelten sollte für den Fall der Scheidung....." vergleiche man das zu 3 der reichsgerichtlichen Begründung Gesagte.

Der Lauf der Antragsfrist für das Vergehen des Ehebruchs muß sonach, insolange nicht der § 172 St. G. B. durch eine Spezialbestimmung hierüber ergänzt ist, nach der allgemeinen Regel des § 61 St. G. B. berechnet werden.

III. Dadurch, daß der Gesetzgeber die Bestrafung des Ehebruchs an den Antrag des Verletzten und die Scheidung der Ehe geknüpft hat, bringt er zum Ausdruck, daß er nicht sowohl wie im § 171 St. G. B. die staatliche Institution der Ehe, als vielmehr das Recht des Ehegatten auf eheliche Treue durch die Strafandrohung des § 172 St. G. B. in Schutz nehmen will. Es hängt lediglich vom Belieben des beleidigten Ehegatten ab, ob der ehebrecherische Gatte und sein Mitschuldiger zur kriminellen Bestrafung gebracht werden sollen. Aus diesem Grunde liegt in der Einwilligung des verletzten Ehegatten in den Ehebruch seines Gatten ein Verzicht auf sein Recht auf eheliche Treue; die Strafbarkeit des Ehebruchs wird durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen. (So Binding, Handbuch I, 715; Keßler, Gerichtssaal Bd. 38, S. 571; Frank, Kommentar N. IV; Olshausen, Kommentar N. 1; v. Kries, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 7, S. 532; anderer Meinung das Reichsgericht, E. Bd. 14, S. 202; Rubo, Kommentar N. 6; Rüdorff-Stenglein, Kommentar N. 8.) Auf denselben Erwägungen beruht die Bestimmung des § 1565, Abs. 2 B. G. B., wonach das Recht des Ehegatten auf Scheidung ausgeschlossen ist, wenn er dem Ehebruch zustimmt oder sich der Teilnahme schuldig macht.

Wenn ein Ehegatte seinen Gatten zur Begehung des Ehebruchs anstiftet oder ihm dazu Beihülfe leistet (ihn verkuppelt), so liegt in dieser Handlungsweise regelmäßig eine Einwilligung in den Ehebruch, und dieser muß straflos bleiben. (So Schwarze, Kommentar N. 8a und in Holtzendorff's Handbuch III, S. 300). Die entgegengesetzte Ansicht müßte folgerecht den Ehegatten, der sich der Anstiftung oder der Beihülfe schuldig macht, auf Grund seines eigenen Strafantrags zur strafrechtlichen Verantwortung ziehen.

Allerdings ist es auch denkbar, daß der Ehegatte zu dem Vergehen des Ehebruchs seitens seines Gatten zwar Hülfe leistet, gleichwohl aber in den Ehebruch nicht einwilligt. Zur Illustration diene die Fabel einer altitalienischen Novelle (Masuccio, Novellino. Novelle 36, citiert bei Kries a. a. O., S. 533), die, auch strafrechtlich, zu interessant ist, um nicht erzählt zu werden.

Ein venezianischer Nobile hat sich in die Frau eines Gondeliers verliebt. Alle Versuche, zu einem Stelldichein mit der Geliebten zu gelangen, scheitern an der Eifersucht des Ehemanns, der seine Frau mit Argusaugen bewacht. Da verfällt der Liebhaber auf folgenden Gedanken: Er wendet sich an den Gondelier und teilt ihm mit, er wolle auf seiner Gondel eine Dame treffen und wünsche, „unbemerkt auf das Meer hinausgerudert zu werden". Mit Freuden geht der Gondelier, dem eine reichliche Belohnung versprochen wird, auf den Vorschlag ein. In dunkler Nacht besteigt der Nobile zur bestimmten Stunde die Gondel, läßt sie eine Strecke von der Wohnung des Gondeliers entfernt halten und nimmt die tiefverschleierte Geliebte in Empfang, um sie re bene gesta einige Stunden später wieder auszusetzen.

Der Gondelier hat zweifellos Beihilfe zum Ehebruch begangen, seine Strafbarkeit ist jedoch ausgeschlossen, da auf seiner Seite ein Putativdelikt vorliegt, er hat Beihilfe zu einem Vergehen geleistet, das, allerdings sehr gegen seinen Willen, ihn selbst verletzte. Der Nobile dagegen und seine Dame haben sich mangels der Einwilligung des beleidigten Ehegatten eines strafbaren Ehebruchs schuldig gemacht.

IV. Verzeiht ein Ehegatte nachträglich seinem Gatten den begangenen Ehebruch, so hindert dies strafrechtlich die Verfolgung des einmal konsumierten Delikts nicht, wohl aber steht die Thatsache der Verzeihung civilrechtlich (§§ 1570, 1565 B. G. B.) der Scheidung der Ehe und damit indirekt der Bestrafung des Ehebruchs entgegen.

V. Ein von dem beleidigten Ehegatten nach der Begehung des Delikts erklärter Verzicht auf die Stellung des Strafantrags ist rechtlich bedeutungslos. (Olshausen a. a. O., N. 9 c; R. G. E. XIV, 202; E. III, 221.) Um deswillen wäre auch die nachträgliche Verzeihung, wenn man in ihr einen Verzicht auf den Strafantrag erblicken wollte, unter diesem Gesichtspunkte ohne strafrechtliche Wirkung. Der vor der Begehung der Strafthat ausgesprochene Verzicht auf den Antrag ist als Einwilligung des Verletzten zu betrachten.

D. Die Strafe des Ehebruchs ist heutzutage für beide Gatten dieselbe; mit Recht. Sittlich ist die Pflicht des Mannes auf Bewahrung der Treue seiner Gattin gegenüber genau die gleiche, wie sie die Frau ihrem Manne schuldet. Und wenn auch die heutige Gesellschaft den Ehebruch des Mannes bedeutend leichter wertet als den der Frau, so ist das für den Gesetzgeber kein Grund, die Strafen für den Bruch der gleichen Pflicht ungleichmäßig zu verteilen.*)

*) Eine schwerere Bestrafung der Frau verlangen v. Liszt, Lehrbuch S. 410, v. Krafft-Ebing, Psychopathia sexualis S. 15. Der Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch für das japanische Reich (s. Mitteilungen der internat. krim. Vereinigung, Bd. 8, S. 42) bestraft lediglich die ehebrecherische Ehefrau und deren Konkumbenten.

E. Zum Schlusse dieser Abhandlung über die Strafbarkeit des Ehebruchs sei noch die prinzipielle Frage gestreift, ob der Staat überhaupt ein Recht hat, den Ehebruch zu bestrafen, ob der § 172 unseres Strafgesetzbuchs Existenzberechtigung besitzt oder nicht.

Bereits Voltaire hat in seinem Prix de la justice (Oeuvres XXIX, p. 312; cit. bei Geib, Lehrbuch I, S. 333) das treffende Wort gesprochen: „L' adultère est un crime en moral, mais il ne peut être un délit punissable par les lois." Und wenn man auch die für seine Zeit nur allzurichtige Begründung, die der feinste aller Spötter diesem Satze giebt, für unsere Zeit noch nicht ganz passend finden mag: „Tout le monde est tenté de le commettre, tout le monde le favorise, quand il est commis; et on ne peut guère s'en plaindre, sans se couvrir de ridicule. La société a fait une convention secrète de ne point poursuivre des délits, dont elle s'est accoutumée à rire"; so muß man doch Voltaires Ansicht, daß der Ehebruch, wenn auch in der Regel eine sittliche Verfehlung, doch keine Handlung ist, die der Staat mit krimineller Strafe belegen müßte, als die richtige anerkennen.

Der Staat hat *theoretisch kein Recht*, den Ehebruch zu bestrafen. Denn dieser verletzt nicht etwa, wie das Vergehen der Bigamie die staatliche Institution der Ehe als solche, sondern lediglich das Recht des beleidigten Ehegatten auf eheliche Treue seitens seines Gatten. Nun muß zwar dem Staat ein Interesse daran zugestanden werden, daß die sittliche Grundlage der Ehe nicht zerstört wird; warum aber bestraft er dann nicht *jede* Handlungsweise der Ehegatten, die das sittliche Wesen der Ehe verletzt, und zieht willkürlich *nur den Ehebruch* zur Strafe? Wieviel andere Handlungen der Ehegatten giebt es nicht, die das sittliche Moment der Ehe ebenso stark attackieren, z. B. bösliche Verlassung, lüderlicher Lebenswandel, unverbesserliche Trunksucht (des Mannes oder der Frau), die das moralische Band der Ehe oft *bedeutend tiefer* verletzen, als der Ehebruch, der in sehr vielen Fällen rein impulsiv, momentaner Verführung unterliegend, begangen wird! So wenig aber der Staat für jene anderen Fälle der Verletzung der Ehe eine kriminelle Bestrafung begehrt, so wenig kann er ein Recht, den Ehebruch zu bestrafen, in Anspruch nehmen. (S. Dalcke in Goltd. Arch. XVII, S. 85.)

Zudem ist die Strafbestimmung des § 172 St. G. B. praktisch fast bedeutungslos. Dadurch, daß das Strafrecht des Staates an die vorgängige Scheidung der Ehe wegen des Ehebruchs und den Strafantrag des verletzten Gatten geknüpft ist, kommt eine Bestrafung des Ehebruchs nur äußerst selten vor. In den Fällen aber, in denen der beleidigte Ehegatte die krimminelle Bestrafung seines ehebrecherischen Gatten verlangt, ist gewöhnlich kein Funke eines sittlichen Gefühls mehr vorhanden; die auf den Ehebruch gesetzte Strafe dient so lediglich als Prämie für die Unversöhnlichkeit und die Rachsucht des verletzten Ehegatten. Der Staat sollte sich jedoch nicht dazu hergeben, der Bethätigung solch niedriger Gesinnung irgendwelche Handhaben zu bieten.

Auch sind im Laufe der geschichtlichen Entwickelung die Gesetzgeber immer mehr zu der Einsicht gelangt, daß das Interesse des Staates an der Bestrafung des Ehebruchs ein sekundäres, dem des verletzten Ehe-

gatten bei weitem nachstehendes ist. Aus diesem Grunde wurde die Inscenirung des staatlichen Strafrechts mehr und mehr verklausuliert und schließlich ganz dem Belieben des beleidigten Ehegatten ausgeliefert. Und nun folgt der nächste und letzte Schritt, den einige konsequente Gesetzbücher bereits gewagt haben*), und zu dem der Gesetzgeber der Zukunft sich leichten Herzens entschließen wird: Die Bestimmung über die Bestrafung des Ehebruchs wird ganz über Bord geworfen, da sie theoretisch nicht zu begründen, praktisch wertlos ist, und auf ihre Beseitigung der Zug der geschichtlichen Entwicklung mit Entschiedenheit drängt.

*) So das Lübische Strafgesetzbuch; John, Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund S. 398 ff.

Verzeichnis
der benutzten Litteratur.

A. Kommentare zum St. G. B.:

Frank, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, herausgegeben und erläutert von.....; Leipzig, 1897.

Friedrich Meyer, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich....., erläutert von.....; Berlin 1871.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das deutsche Reich; IV. Aufl., Berlin 1892; V. Aufl. Berlin 1897.

Oppenhoff, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich....., erläutert von....., XIII. Aufl. Berlin 1896.

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich....., Berlin 1879.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Kommentar von Rüdorff; IV. Aufl. herausgegeben von Stenglein, Berlin 1892.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, V. Aufl., Leipzig 1884.

B. I. Lehrbücher des Reichsstrafrechts:

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, XVII. Aufl., Leipzig 1895.

Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, V. Aufl. Leipzig 1895.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, IX. Aufl., Berlin 1899.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts....., Leipzig 1871.
Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht, II. Bd., Bonn 1887.

II. Lehrbücher des gemeinlichen Rechts:

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, III. Aufl., Gießen 1805.
Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1861.
Hefftter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Kriminalrechts....., Halle 1833.
Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, IV. Aufl., Rostock und Leipzig 1789.
Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Halle 1823.

C. Zeitschriften:

Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht, begründet durch Goltdammer.
Der Gerichtssaal.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, begründet von Dochow und v. Liszt.
Mitteilungen der internat. Kriminalistischen Vereinigung.
Holtzendorff's allgemeine deutsche Strafrechtszeitung.

D. Rechtsprechung:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (E.)
Annalen des Reichsgerichts, herausgegeben von Braun und Blum.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. (R.)

E. Sonstige Litteratur:

Binding, die Normen und ihre Uebertretung, Bd. II, Leipzig 1877.
„ Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, II. besonderer Teil (Grundriß), Leipzig 1896.

Corpus iuris civilis; Digesta recognovit Th. Mommsen. III. Editio, Berlin 1882.

Corpus iuris canonici. Editio secunda. Jnstruxit Aemilius Friedberg, Leipzig, 1879.

Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königl. Staatsrats. Berlin 1843.

Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten....., Berlin 1847.

Motive zum revidierten Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten: Berlin 1833.

Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund, Berlin im Juli 1869, und Motive hierzu.

Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund und Motive hierzu, Berlin im Februar 1870.

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, herausgegeben von v. Holtzendorff, Bd. II, Berlin 1871, Bd. III, Berlin 1874.

Löwe, die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich mit Kommentar, V. Aufl., Berlin und Leipzig 1888.

Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1895,

Goltdammer, die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. II. Teil, Berlin 1852.

John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund. Berlin 1868.

Stein, das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse. Leipzig 1893.

Mainzer, die Ehe im deutschen Reichsstrafrecht, Würzburg 1894.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd., V. Aufl., Stuttgart 1879.

v. Krafft-Ebing, Psychopathia sexualis, VII. Aufl., 1892.

Reber, die Antragsdelikte des deutschen Strafrechts, München 1873.